

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

## Garantie- und Gewährleistungsvergütungen im Verhältnis zwischen Hersteller – Handel – Endkunde

Beim Vertrieb von Gebrauchsgütern besteht im Verhältnis zwischen Hersteller – Handel – Endkunde häufig eine Parallelität zwischen Hersteller-Garantie einerseits und Verkäufergewährleistung andererseits. Seit dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes ist der Handel durch die zwingend zu beachtenden Bestimmungen des § 11 Nr. 10a, b und c AGB-Gesetz erheblich belastet. Sofern der Handel Garantie- und Gewährleistungsarbeiten unter Berücksichtigung dieser AGB-Normen durchführt, stellt sich deswegen die Frage, inwieweit der Handel berechtigt ist, hierfür vom Hersteller Aufwandsersatz zu verlangen, der nicht nur auf eine „angemessene“ Vergütung ausgerichtet ist, sondern auch einen kalkulatorischen Gewinnzuschlag einschließt. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, inwieweit der Handel gegebenenfalls einen solchen Aufwandsersatzanspruch gem. § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz erzwingen kann.

### I. Die Konkurrenz der Hersteller-Garantie im Verhältnis zur Verkäufer-Gewährleistung

#### 1. Das Zustandekommen eines Vertrages bei Verwendung einer Hersteller-Garantie<sup>1</sup>

Mittlerweile besteht Einigkeit: Bei Verwendung von Garantiekarten, Service-Heften oder sonstigen Dokumenten, in denen eine Hersteller-Garantie Niederschlag gefunden hat, kommt der jeweilige Vertrag im Verhältnis zwischen Hersteller einerseits und Käufer andererseits unter Vermittlung des Verkäufers/Händlers gem. § 151 BGB zustande<sup>2</sup>, wobei der Verkäufer/Händler als Vertreter des Herstellers i. S. des § 164 BGB handelt. Üblicherweise werden die die Hersteller-Garantie enthaltenden Dokumente beim Abschluß des Kaufvertrages vom Verkäufer/Händler dem Käufer übergeben, mit den jeweiligen Daten des Kaufvertrages, des Kaufgegenstandes sowie – soweit erforderlich – den persönlichen Daten des Käufers versehen; diese „Garantiekarten“ sind dann Legitimationsgrundlage für die Durchführung der in der Hersteller-Garantie im Fall eines Mangels/Fehlers näher bezeichneten Ansprüchen. Sofern keine „Garantiekarte“ verwendet wird, sondern lediglich eine „Hersteller-Garantie“ – zumeist verkörpert in Prospekten, Katalogen oder sonstigen Erklärungen an das kaufende Publikum – vorliegt, kommt der Garantievertrag zwischen Hersteller und Händler zustande; der jeweilige Käufer bzw. Produktbenutzer ist dann aus dem Garantievertrag begünstigter Dritter i. S. des § 328 BGB<sup>2a</sup>.

#### 2. Der Inhalt der Hersteller-Garantie

„Garantiekarten“ sehen regelmäßig vor, daß der Käufer im Fall eines Fehlers/Mangels berechtigt sein soll, im Rahmen der gewährten Hersteller-Garantie Ansprüche auf kostenlose Mangelbeseitigung geltend zu machen. Verschiedentlich enthalten derartige „Garantiekarten“ aber auch über die Nachbesserungspflicht hinausreichende Regeln, die sich auf Wandlung oder Minderung erstrecken. Schadensersatzansprüche sind jedoch in einer nicht geringen Anzahl von Fällen ausdrücklich abbedungen: Beides wirft die Frage nach der Wirksamkeit einer solchen Regelung i. S. der §§ 9 bis 11 AGB-Gesetz auf, die weiter unten vertieft werden soll (vgl. II 1).

1) Bader, NJW 1976, 209; Bullinger, NJW 1979, 2555.

2) Staudinger-Honsell, BGB, 12. Aufl., § 459 Rdnr. 92.

2a) BGH, NJW 1979, 2036.

Festzuhalten bleibt allerdings: In einer großen Zahl von Fällen – vor allem in der Automobil-Industrie – gewähren derartige Hersteller-Garantien dem Begünstigten Mangelbeseitigungsansprüche, die in zeitlicher Hinsicht über die Frist des § 477 BGB hinausreichen, z. B. als 12-Monats-Garantie, als Rost-Garantie auf die Dauer von 5 Jahren oder als Lack-Garantie für einen Zeitraum von 2 Jahren.

In Rechtsprechung und Literatur ist im einzelnen umstritten, wie eine solche vertragliche Verlängerung üblicher Gewährleistungsfristen im Rahmen einer Hersteller-Garantie zu bewerten ist: In Betracht kommt zum einen, daß damit lediglich die gesetzlichen Verjährungsfristen verlängert sind<sup>3</sup>; möglich erscheint auch, daß die gesetzliche Verjährungsfrist des § 477 BGB erst in dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, in welchem die Hersteller-Garantie durch Zeitablauf beendet ist<sup>4</sup>; überwiegend aber, und inzwischen bestätigt durch ein BGH-Urteil, ist jedoch der Auslegung der Vorzug zu geben, daß bei einer solchen Hersteller-Garantie die gesetzliche Verjährungsfrist des § 477 BGB unangetastet bleibt; sie beginnt in dem Augenblick, in welchem der Käufer/Begünstigte den Mangel entdeckt hat, vorausgesetzt, dies ist innerhalb der stipulierten Garantiefrist geschehen<sup>5</sup>.

Wenn und soweit Hersteller-Garantien die gesetzlichen Gewährleistungsfristen verlängern, spricht bereits vieles dafür, daß in Wirklichkeit unter Berücksichtigung der allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätze der §§ 133, 157, 242 BGB sogar eine Haltbarkeitsgarantie vorliegt<sup>6</sup>; dies gilt nur dann nicht, wenn entweder durch eindeutige Formulierung klargestellt ist, daß die über die gesetzliche Gewährleistungsfrist hinausreichende Hersteller-Garantie lediglich als Verlängerung der Gewährleistungsfrist zu verstehen ist oder wenn – wiederum durch eindeutige Formulierungen – belegt ist, daß die Einstandspflicht des Herstellers im Rahmen der von ihm gewährten Garantie sich nur auf solche Fehler/Mängel bezieht, die „im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs“ bereits vorhanden waren. Fehlen aber diese Einschränkungen oder sind sie nicht ausreichend klar – bezogen auf das Durchschnittswissen eines nicht-kaufmännischen Endkunden – eindeutig ausformuliert, dann ist wegen der Unabhängigkeit einer „Garantie“ von den gesetzlichen Gewährleistungspflichten der §§ 459ff., 633ff. BGB davon auszugehen, daß nur die Auslegung der Hersteller-Garantie als sogenannte Haltbarkeitsgarantie sachgerecht ist.

### 3. Die Konkurrenz der Hersteller-Garantie zur Verkäufer-Gewährleistung

Daß Hersteller-Garantien – mangels eindeutig gegenteiliger Formulierungen – Haltbarkeitsgarantien sind, wird auch dadurch unterstrichen, daß nach völlig herrschender Auffassung bei der Verwendung einer Hersteller-Garantie eine selbständige vertragliche Verpflichtung des Herstellers begründet wird, die von der Gewährleistungspflicht des Käufers gem. §§ 459ff., 633ff. BGB losgelöst ist<sup>7</sup>. Es bestehen mithin zwei Ansprüche, die der Käufer im Fall eines Fehlers/Mangels zur Verfügung hat; zum einen den Anspruch aus der Hersteller-Garantie, zum anderen den Anspruch aus der Gewährleistung gegenüber dem jeweiligen Verkäufer/Händler<sup>8</sup>. Folglich hat der Käufer in diesen Fällen das Wahlrecht, ob er seinen Anspruch aus der Hersteller-Garantie gegenüber dem Hersteller geltend macht oder aus der Verkäufer-Gewährleistung gegenüber seinem Vertragspartner<sup>9</sup>. Dieses dem Käufer zustehende Wahlrecht wäre nur dann ausgeschlossen, wenn und soweit im Verhältnis zwischen den Ansprüchen aus der Hersteller-Garantie einerseits und der Verkäufer-Gewährleistung andererseits die Voraussetzungen der §§ 2, 11 Nr. 10 lit. a AGB-Gesetz beachtet sind. Dies würde bedingen, daß im Zeitpunkt des jeweiligen Vertragsabschlusses der Verkäufer/Händler den Käufer darauf verweist, daß nach den den Kaufvertrag beherrschenden AGB dem Käufer im Fall eines Mangels gem. § 11 Nr. 10 lit. a AGB-Gesetz Ansprüche gegenüber dem Hersteller aufgrund der Hersteller-Garantie zustehen,

so daß der Verkäufer/Händler die Hersteller-Garantie zum Anlaß nimmt, auf den Hersteller als einen „Dritten“ zu verweisen, um sich selbst im Rahmen der Wirksamkeitsgrenzen des § 11 Nr. 10 lit. a AGB-Gesetz von der eigenen Gewährleistungspflicht freizuzeichnen<sup>10</sup>. Eine derartige Ausgestaltung der AGB des Handels ist jedoch – von seltenen Ausnahmefällen abgesehen – nicht erkennbar. Zutreffend weist deshalb auch *Hensen* darauf hin, daß sich der Handel in bezug auf die Besonderheiten derartiger Hersteller-Garantien noch nicht auf die neue gesetzliche Rechtslage gem. § 11 Nr. 10 lit. a AGB-Gesetz eingestellt hat<sup>11</sup>. Dieser Vertragskonstruktion bedarf es freilich dann nicht, wenn man der Auffassung zuneigt, es reiche im Rahmen von § 11 Nr. 10 lit. a AGB-Gesetz aus, wenn der AGB-Verwender bei der konkreten Inanspruchnahme auf den Dritten im Rahmen der „Hersteller-Garantie“ verweist, oder wenn eine „Hersteller-Garantie“ in der Form vorliegt, die nach der BGH-Rechtsprechung als Vertrag zwischen Hersteller und Händler zu verstehen ist, aus der dann der Käufer bzw. Produktbenutzer i. S. des § 328 BGB begünstigt wird<sup>11a</sup>.

## II. Die Vergütungsregelung für Mangelbeseitigungsaufwendungen im Verhältnis zwischen Hersteller und Handel bei Inanspruchnahme der Hersteller-Garantie

Soweit ein Käufer im Falle eines Fehlers/Mangels Ansprüche aufgrund der ihm eingeräumten Hersteller-Garantie geltend macht, differenziert er für gewöhnlich nicht zwischen diesem ihm unmittelbar gegenüber dem Hersteller zustehenden Garantie-Anspruch und dem davon unabhängigen Gewährleistungsanspruch gegenüber seinem Verkäufer<sup>12</sup>. Vielmehr ist der Käufer der Ansicht, ihm stehe überhaupt nur ein Anspruch im Fall eines Fehlers/Mangels zu, und er ist der Überzeugung, daß er diesen Anspruch im Fall eines Fehlers/Mangels aufgrund der Hersteller-Garantie gegenüber seinem Vertragspartner, dem Verkäufer/Händler, geltend zu machen berechtigt ist. Unter diesem Betracht ist es von Erheblichkeit, daß im Verhältnis zwischen Herstellern und Händlern – dabei sei als Prototyp die Kfz-Branche angesprochen – Vergütungsregelungen bestehen, die darauf abzielen, den im Rahmen einer Hersteller-Garantie in Anspruch genommenen Händler von einem Großteil der ihn treffenden Aufwendungen bei der Durchführung derartiger Garantie-Arbeiten zu entlasten.

### 1. Wesensmerkmale der Vertragsbeziehungen zwischen Herstellern und Händlern

Ulmer hat in seiner Monografie herausgearbeitet<sup>13</sup>, daß die zwischen Herstellern und Händlern bestehenden Verträge – Vertragshändlerverträge – als Rahmenverträge Geschäftsbesorgungsverträge mit Dienstvertragscharakter gem. §§ 675, 611ff. BGB sind<sup>14</sup>. Sie weisen dabei eine ähnliche Grundstruktur auf wie Handelsvertreterverträge<sup>15</sup>:

3) RG, JW 1910, 1117; *Tengelmann*, NJW 1966, 2200; *Erman-Seiler*, BGB, 6. Aufl., § 638 Rdnr. 20.

4) RGZ 65, 119 (121); 91, 306; 108, 213.

5) BGH, NJW 1979, 645 = BB 1979, 185; *Loebell*, BB 1973, 1239; *Staudinger-Ostler* (o. Fußn. 2), § 477 Rdnr. 19; *Mezger*, in: RGRK, § 477 Rdnr. 15; *Soergel-Ballerstedt*, BGB, 10. Aufl., § 477 Rdnr. 15.

6) Im einzelnen *Loebell*, BB 1973, 1237ff.

7) Im einzelnen *Bader*, NJW 1976, 209.

8) *Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner*, AGB-Komm., § 11 Nr. 10a Rdnr. 13ff.

9) *Staudinger-Honsell* (o. Fußn. 2), § 459 Rdnr. 92.

10) Hierzu *Ulmer-Brandner-Hensen*, AGB-Komm., 3. Aufl., § 11 Nr. 10 Rdnr. 21.

11) Ebda. Vgl. z. B. Verkaufsbedingungen für Neuwagen (BANz 1977, Nr. 108); hierzu im einzelnen auch *Reuter*, Betr 1979, 2069ff.

11a) BGH, NJW 1979, 2036.

12) *Bader*, NJW 1976, 209f.

13) *Ulmer*, Der Vertragshändler, 1969.

14) *Ulmer*, aaO, S. 241ff.

15) *Ulmer*, aaO, S. 207ff.

Die einzelnen Kaufverträge zwischen den Herstellern einerseits und den Händlern andererseits dienen dabei dazu, den bestehenden Rahmenvertrag auszufüllen, ohne seine Rechtsnatur zu beeinflussen<sup>16</sup>. Die von den Händlern zu erbringenden Dienste betreffen dabei die Funktionen der Absatzförderung sowie die des Kundendienstes für die Vertragsware, die ihnen von den Herstellern geliefert werden. Das für die Leistung von Diensten (vgl. § 611 BGB) zu zahlende Entgelt ist darin zu sehen, daß der Händler – als Vertragshändler handelnd – die Möglichkeiten zur Gewinnrealisierung je nach Ausgestaltung der Marktverhältnisse für sein Vertragsprodukt hat<sup>17</sup>. Als Geschäftsbesorgungsverträge sind sie beiderseits auf Interessenwahrung ausgerichtet; sie sind von gegenseitigen Treue- und Rücksichtspflichten charakterisiert<sup>18</sup>. Das primäre Interesse des Händlers ist dabei die ihm beim Bezug der Vertragsware eingeräumte Handelsspanne<sup>19</sup>; aber auch das dem Händler im Zusammenhang mit dem von ihm zu erbringenden Kundenservice zufließende Entgelt hat dabei – bewertet aus der Perspektive des Interesses des Vertragshändlers – erhebliche Bedeutung<sup>20</sup>. Gerade wenn der Verkauf neuer Produkte stagniert, muß der Vertragshändler danach trachten, Wartungs- und Reparaturarbeiten im Rahmen des ihm übertragenen Kundenservices zu steigern, um die ihm entgehende Handelsspanne in etwa zu kompensieren.

## 2. Das Erfordernis der Angemessenheit der den Händlern zustehenden Vergütung bei Aufwendungen im Rahmen einer Hersteller-Garantie

Auch wenn in Händlerverträgen grundsätzlich die Verpflichtung des Händlers vorgesehen ist, bei Fehlern/Mängeln Ansprüche aus der Hersteller-Garantie zu erbringen, so ist gleichwohl – ausgehend von der gesetzlichen Typizität derartiger Verträge – folgendes festzuhalten:

a) *Vertragshändlerverträge als Verträge gem. § 1 AGB-Gesetz.* Schon aus naheliegenden Rationalisierungsgründen sind Hersteller darauf angewiesen, die mit ihren Händlern geschlossenen Verträge einheitlich auszugestalten; es handelt sich also bei diesen Verträgen stets um Vertragsbestimmungen i. S. des § 1 AGB-Gesetz<sup>21</sup>. Dies gilt anerkanntermaßen auch dann, wenn – was regelmäßig geschieht – die Vertragsbestimmungen im einzelnen zwischen dem Hersteller auf der einen Seite und Vertretern/Händlerschaft auf der anderen Seite verhandelt werden; denn ein derartiges „kollektives“ Verhandeln erfüllt nicht die Voraussetzungen des Aushandelns i. S. des § 1 II AGB-Gesetz<sup>22</sup>. Dies wäre nur dann anders, wenn – was praktisch kaum je vorkommen dürfte – der jeweilige individuelle Vertrag, der zwischen den Vertragsparteien geschlossen worden ist, „im einzelnen“, d. h. in Bezug auf jede AGB-Klausel im Sinn eines gleichberechtigten Interessenausgleichs ausgehandelt worden wäre<sup>23</sup>. Dies trifft in der Praxis nicht zu.

b) *Der Aufwendungsersatzanspruch gem. § 670 BGB.* Da der Vertragshändlervertrag, wie gezeigt, ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter gem. §§ 675, 611 ff. BGB ist, da desweiteren, wie dargelegt, der Händler vertraglich verpflichtet ist, die Ansprüche des Käufers im Rahmen der Hersteller-Garantie zu befriedigen, ist nunmehr die Frage zu beantworten, in welchem Umfang – gemessen an der gesetzlichen Typizität – Aufwendungsersatzansprüche gem. § 670 BGB vom Händler gegenüber dem Hersteller geltend gemacht werden können, sofern der Händler im Rahmen der Hersteller-Garantie tätig geworden ist. Der Begriff der „Aufwendung“ oder der „Verwendung“ wird im BGB nicht definiert, er wird vorausgesetzt<sup>24</sup>. Es entspricht dabei der herrschenden Meinung, unter dem Begriff „Aufwendungen“ die freiwillige Aufopferung von Vermögenswerten für die Interessen eines anderen zu verstehen<sup>25</sup>. Im Unterschied zum Schadensersatz sind „Aufwendungen“ freiwillig übernommene Vermögensopfer, während ein Schaden unfreiwillig erlitten wird<sup>26</sup>.

Für die Vertragsbeziehungen zwischen Händlern und Herstellern ist indessen entscheidend: Die Händler erfüllen, wenn sie im Rahmen einer Hersteller-Garantie tätig werden, eine

fremde Verbindlichkeit; diese fällt – und das ist von Maßgeblichkeit – in den Bereich der gewerblichen und beruflichen Tätigkeit der Händler. Der Unterschied zur Normallage des § 670 BGB ist damit vorgegeben: Während der Auftrag seiner Typizität nach unentgeltlicher Natur ist, ist der Vertragshändlervertrag als ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter gem. §§ 675, 611 ff. BGB entgeltlicher Natur<sup>27</sup>. Der Vertragshändler betreibt ein Unternehmen, welches gewinnorientiert ist; er setzt grundsätzlich seine eigene Arbeitskraft und sein Kapital nur mit dem Zweck ein, beides nutzbringend zu verwenden. Wenn aber Vertragshändler ihre gewerbliche und berufliche Tätigkeit mit dem Ziel der Gewinnerzielung entfalten, so gilt dann, wenn sie im Rahmen einer Hersteller-Garantie Leistung erbringen, nichts anderes. Es ist vielmehr unter dieser Voraussetzung davon auszugehen, daß der in § 670 BGB normierte Aufwendungsersatzanspruch nicht nur auf eine angemessene Vergütung gerichtet ist, sondern auch den Gewinn mit umfaßt<sup>28</sup>. Dieser Gesichtspunkt ist auch von der Judikatur anerkannt<sup>29</sup>; das RG hat einem als Testamentsvollstrecker tätigen Rechtsanwalt zugebilligt, neben der Vergütung als Testamentsvollstrecker – für seine berufliche Tätigkeit – auch die gesetzlichen Gebühren nach Maßgabe der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung zu verlangen. Die herrschende Meinung und Judikatur rechtfertigen dieses Ergebnis unter Berücksichtigung des § 1835 II BGB<sup>30</sup>.

Festzuhalten ist also: Wenn und soweit der Händler im Rahmen einer Hersteller-Garantie tätig wird, ist der Hersteller – im Rahmen der gesetzlichen Typizität dieses Rechtsverhältnisses – gehalten, den Händler so zu stellen, wie er stünde, wenn er anstelle der Arbeiten im Rahmen der Hersteller-Garantie einen sonstigen Kundenauftrag erledigt hätte. Mithin sind – wiederum gemessen an der gesetzlichen Typizität dieses Vertragsverhältnisses – dem Händler Kosten der Arbeitsleistungen in vollem Umfang zu vergüten, nicht minder aber ist sicherzustellen, daß der Hersteller verpflichtet ist, dem Händler beim Bezug von etwa benötigten Ersatzteilen vollen Kostenersatz zu leisten; sowohl im einen wie im anderen Fall hat der Händler – darüber hinaus – Anspruch auf den ihm üblicherweise zustehenden kalkulatorischen Gewinn.

c) *Die Wertungskriterien des § 9 AGB-Gesetz.* Da, wie bereits angedeutet, im Verhältnis zwischen Herstellern und Händlern Leistungen des Händlers im Rahmen der Hersteller-Garantie nur in den seltensten Fällen so vergütet werden, wie es der gesetzlichen Typizität entspricht – in der Mehrzahl der Fälle werden die Kosten abzüglich 10% erstattet –, ist nunmehr zu untersuchen, inwieweit es den Händlern möglich ist, unter Berufung auf § 9 AGB-Gesetz für Leistungen im Rah-

16) Ulmer, aaO, S. 315 ff.; vgl. auch BGHZ 68, 340 (343) = NJW 1977, 896.

17) Im einzelnen Ulmer, aaO, S. 282 ff., 319 ff.

18) Ulmer, aaO, S. 265 ff.

19) Ulmer, aaO, S. 284 ff.

20) Ulmer, aaO, S. 379; vgl. auch Stumpf, Der Vertragshändlervertrag, 2. Aufl., Rdnr. 56.

21) Hierzu neuestens BGH, NJW 1979, 1406, 2387; vgl. auch Brambring-Schippel, NJW 1979, 1802.

22) Hierzu Ulmer-Brandner-Hensen (o. Fußn. 10), § 1 Rdnr. 42; Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner (o. Fußn. 8), § 1 Rdnr. 22.

23) Hierzu BGH, NJW 1977, 625; 1979, 367 = WM 1978, 1384; NJW 1979, 2387, 1406.

24) Staudinger-Werner (o. Fußn. 2), § 256 Rdnr. 3; Keller, in: MünchKomm, § 256 Rdnr. 2.

25) RGZ 75, 208 (211); 98, 195 (199); 122, 298 (303); BGHZ 59, 328 (329 f.) = NJW 1973, 46; Larenz, SchuldR I, 11. Aufl., S. 153; Fikentscher, SchuldR, 6. Aufl., S. 136 f.; Esser-Schmidt, SchuldR I/1, 5. Aufl., S. 142 f.

26) Keller, in: MünchKomm, § 256 Rdnr. 3; Soergel-Schmidt (o. Fußn. 5), § 256 Rdnr. 1.

27) Hierzu Ulmer (o. Fußn. 13), S. 241 ff.

28) Soergel-Mühl (o. Fußn. 5), § 670 Rdnr. 1; Erman-Haus (o. Fußn. 3), § 670 Rdnr. 2; Palandt-Thomas, BGB, 39. Aufl., § 670 Anm. 2b; Staudinger-Nipperdey (o. Fußn. 2), § 670 Rdnr. 13.

29) RGZ 149, 121 (124 f.).

30) Dorn, JZ 1964, 93.

men der Hersteller-Garantie vollen Kostenersatz einschließlich eines kalkulatorischen Gewinns zu verlangen. Dies setzt voraus, daß die getroffenen Vergütungsvereinbarungen als AGB-Klausel überhaupt kontrollfähig i. S. des § 8 AGB-Gesetz sind (vgl. unter aa) und daß die gegenwärtig praktizierten, nicht auf vollen Kostenersatz abzielenden Vergütungsregelungen eine unangemessene Benachteiligung der Händler i. S. des § 9 AGB-Gesetz darstellen (vgl. unter bb).

aa) *Das Spektrum der richterlichen Inhaltskontrolle gem. §§ 8 ff. AGB-Gesetz.* Es steht völlig außer Streit: Die in einem Vertrag festgelegte Gegenleistung in Form des Preises unterliegt selbst dann nicht der richterlichen Inhaltskontrolle gem. §§ 8 ff. AGB-Gesetz, wenn sie in einer AGB-Klausel i. S. von § 1 AGB-Gesetz enthalten ist<sup>31</sup>. Es soll nämlich verhindert werden, daß auf dem Umweg über § 13 AGB-Gesetz – sowie über § 9 AGB-Gesetz in einem Individualverfahren – eine richterliche Preiskontrolle institutionalisiert wird<sup>32</sup>. Damit ist aber noch keineswegs präjudiziert, daß die Vergütungsregelungen für die Durchführung von Leistungen und Arbeiten im Rahmen der Hersteller-Garantie als Preisabsprachen zu qualifizieren sind oder ob sie nicht Preisnebenabreden darstellen, die der richterlichen Inhaltskontrolle gem. §§ 8 ff. AGB-Gesetz unterworfen sind. Im einzelnen ist es umstritten<sup>33</sup>, nach welchen dogmatisch-systematischen Kriterien hier eine Abgrenzung vorzunehmen ist. Wägt man die vertretenen Meinungen, so erscheint es zutreffend, vom Schutzzweck des AGB-Gesetzes her eine Differenzierung vorzunehmen. Der richterlichen Inhaltskontrolle sind die – jeweils – individualisierten Leistungen bzw. Gegenleistungen entzogen; dies ergibt sich aus § 9 AGB-Gesetz<sup>34</sup>. Der richterlichen Inhaltskontrolle gem. §§ 9 ff. AGB-Gesetz sind jedoch alle sonstigen Vertragsregelungen unterworfen. In bezug auf Vergütungsregelungen gegenüber dem AGB-unterworfenen Kunden muß die richterliche Inhaltskontrolle gem. § 9 AGB-Gesetz immer dann eingreifen, wenn die Höhe der geschuldeten Vergütung in einer gesetzlichen Norm enthalten ist, wie z. B. in den §§ 476 a, 632 II BGB. Gleiches gilt aber auch dann, wenn die Vergütungsregelung dem einseitigen Bestimmungsrecht einer Partei gem. §§ 315 ff. BGB überantwortet ist, weil die dann geschuldete Vergütung nur unter der Voraussetzung verbindlich ist, daß sie als angemessen qualifiziert werden kann<sup>35</sup>. Gerade an dieser Stelle erweist sich die Verflechtung zwischen den Maßstäben der richterlichen Inhaltskontrolle gem. § 9 AGB-Gesetz einerseits und den Wertungskriterien der §§ 315 ff. BGB andererseits, wobei mit einem Wort nur hinzugefügt werden soll: Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Angemessenheitskriterien der §§ 315 ff. BGB auch im Rahmen von § 9 AGB-Gesetz Beachtung verdienen<sup>36</sup>. Was aber ausgehend von der Typizität gesetzlicher Vergütungsregelungen gilt, muß in gleicher Weise für die hier interessierende Fallkonstellation seine Richtigkeit beanspruchen, so daß auch die Angemessenheit von Aufwendungsersatzansprüchen, die die Händler gegenüber den Herstellern für ihre Leistungen im Rahmen der Hersteller-Garantie reklamieren können, der Wertung von § 9 AGB-Gesetz nicht entzogen ist.

bb) *Das Verbot der unangemessenen Benachteiligung i. S. des § 9 AGB-Gesetz.* Angesichts der erkennbaren Unterschiede in den Tatbestandskriterien des § 9 I AGB-Gesetz verglichen mit denen des Absatz 2 sei vorab konstatiert: Der zugunsten der AGB-unterworfenen Händler zu zahlende Aufwendungsersatz für die Tätigkeit der Händler im Rahmen von Hersteller-Garantien richtet sich nicht nur nach § 9 I AGB-Gesetz, sondern in erster Linie nach § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz. Zugrunde liegt ja – im Verhältnis zwischen Herstellern und Händlern – ein Vertragshändlerverhältnis, das als Geschäftsbesorgungsvertrag gem. §§ 675, 611 ff. BGB zu qualifizieren ist. Das aber besagt: Für die von den Herstellern geschuldete

Vergütung gibt es – i. S. des § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz – eine gesetzliche Regelung. Diese ist – wie gezeigt – auf Ersatz der gesamten Kosten, einschließlich eines kalkulatorischen Gewinns gerichtet, während in der Praxis die den Händlern zufließende Vergütung für die Durchführung von Arbeiten im Rahmen der Hersteller-Garantie lediglich – von verschiedenen Ausnahmefällen abgesehen – auf angemessenen Kostenersatz ausgerichtet ist.

Ob darin ein Verstoß gegen § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz zu sehen ist, hängt in erster Linie davon ab, ob die tatsächlich vollzogene Abweichung – gemessen an der gesetzlichen Typizität – als erheblich einzustufen ist. Die Hersteller-Garantie begründet eine eigene Verbindlichkeit des Herstellers gegenüber dem Endkunden, der Hersteller bedient sich zur Erfüllung der insoweit begründeten Verpflichtungen der Dienste des Händlers; dieser ist Erfüllungsgehilfe i. S. des § 278 BGB. Daß er daneben auch Beauftragter ist, ergibt sich aus der Struktur der üblichen Vertragshändlerverträge, ändert aber nichts daran, daß der Händler gleichwohl Erfüllungsgehilfe ist; denn der Vertragshändlervertrag berührt nur das Innenverhältnis. Dessen Konsequenz ist es allerdings, daß der Händler gem. § 257 BGB berechtigt ist, vom Hersteller Freistellung von den Aufwendungen zu verlangen, die er bei der Erbringung von Leistungen im Rahmen der Hersteller-Garantie aufgewendet hat. Wenn aber Hersteller, welche sich im Rahmen von Hersteller-Garantien der Dienste der Händler als Beauftragte bedienen, diesen Ersatz aller Aufwendungen, einschließlich eines kalkulatorischen Gewinns gem. § 670 BGB schulden, so ist jede Vergütungsregelung, die lediglich angemessenen oder vollen Kostenersatz – ausschließlich des kalkulatorischen Gewinns – vorsieht, als erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Typenregelung i. S. des § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz zu bewerten, welche auch als unangemessene Benachteiligung des AGB-unterworfenen Händlers einzuordnen ist<sup>37</sup>. Dabei ist entscheidend: die Hersteller-Garantie ist ausschließlich eine Verbindlichkeit des Herstellers; sie ist nicht mit der eigenen Gewährleistungsverpflichtung des Händlers in eins zu setzen, sondern von dieser unabhängig. Ob der Kunde berechtigt ist, die Hersteller-Garantie in Anspruch zu nehmen, ist ausschließlich dadurch bedingt, daß der Hersteller ihm zurechenbare Mängel der Kaufsache gesetzt hat; so gesehen handelt es sich also – bezogen auf die Perspektive des AGB-unterworfenen Händlers – um ein *fremdverursachtes Risiko*. Dies belegt gleichzeitig, fremdverursacht ist auch das Ausmaß der während der Laufzeit der jeweiligen Hersteller-Garantie anfallenden Garantie-Leistungen. Inwieweit also beim Händler Aufwendungen für Fehlersuche, Mangelbeseitigung, Ersatzteilbeschaffung – einschließlich etwaiger Wege- und Transportkosten – anfallen, ist im Rahmen der Hersteller-Garantie jedenfalls vom Händler nicht zu vertreten.

Doch wird die Wirklichkeit verkürzt, würde man lediglich diese Gesichtspunkte bei der Beurteilung der Unangemessenheit der Ver-

31) Koch-Stübing, AGB-Gesetz, § 1 Rdnr. 46; Schlosser-Coester-Waltjen-Graba, AGB-Gesetz, § 1 Rdnr. 12; Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner (o. Fußn. 8), § 8 Rdnr. 3; Ulmer-Brandner-Hensen (o. Fußn. 10), § 1 Rdnr. 7; abweichend Stein, AGB-Gesetz, § 1 Rdnr. 7.

32) Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner, aaO, § 8 Rdnr. 12; Kötz, in: MünchKomm, § 8 AGB-Gesetz Rdnr. 5; Ulmer-Brandner-Hensen, aaO, § 8 Rdnr. 9.

33) Schlosser-Coester-Waltjen-Graba, aaO, § 8 Rdnr. 13; Ulmer-Brandner-Hensen, aaO, § 8 Rdnr. 15; Koch-Stübing, aaO, § 8 Rdnr. 10; Kötz, in: MünchKomm, § 8 AGB-Gesetz Rdnr. 5.

34) Vgl. auch Kötz, aaO, § 8 AGB-Gesetz Rdnr. 6.

35) Hierzu Ulmer-Brandner-Hensen, aaO, Anh. §§ 9 bis 11 Rdnr. 470.

36) Hierzu auch Schlosser-Coester-Waltjen-Graba (o. Fußn. 31), § 9 Rdnr. 99.

37) Vgl. BT-Dr 7/3919, S. 22; auch Bericht des BT-Rechtsausschusses, in: BT-Dr 7/5422, S. 6; Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner (o. Fußn. 8), § 9 Rdnr. 13; Stein (o. Fußn. 31), § 9 Rdnr. 15.

gütungsregelung gem. § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz im Auge behalten. Vielmehr erscheint von Wichtigkeit, daß im Zusammenhang mit den von den Händlern erbrachten Garantie-Leistungen noch wesentlich weiterreichende Verpflichtungen anfallen: So ist es teilweise erforderlich, mangelhafte Teile auf Kosten des Händlers an das Hersteller-Werk einzusenden oder auch zur Besichtigung durch einen Vertreter des Herstellers zu lagern; die verwaltungsmäßige Abwicklung von Leistungen im Rahmen der Hersteller-Garantie ist oft mit einem erheblichen Verwaltungsaufwand verbunden: Die Hersteller behalten sich das Recht vor, durchgeführte Leistungen im Rahmen der Hersteller-Garantie darauf zu überprüfen, ob sie berechtigt waren, oder ob es sich um Kulanz handelte; sie vergüten durchgeführte Leistungen oft erst nach Monaten; Bagatellschäden werden von verschiedenen Herstellern nicht erstattet oder werden wegen des mit Garantieleistungen üblicherweise verbundenen Verwaltungsaufwands von den Händlern überhaupt nicht geltend gemacht; mitunter sind die Händler verpflichtet, wegen der Abrechnung von Garantieleistungen mit den Herstellern EDV-Systeme einzusetzen, die mit denen der Hersteller kompatibel sind; sofern es erforderlich ist, für Leistungen im Rahmen der Hersteller-Garantie Ersatzteile zu beschaffen, gewähren eine Reihe von Herstellern nicht die übliche Rabattierung. Dies sind nur einige Gesichtspunkte, die bei der jeweils erforderlichen Angemessenheitsprüfung gem. § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz im Auge zu behalten sind, vor allem aber die Tatsache, daß, z. B. in der Automobilindustrie, Leistungen im Rahmen der Hersteller-Garantie etwa 10 bis 20% (in einigen Fällen sogar noch wesentlich mehr) des üblichen Werkstattengeschäfts ausmachen.

Geht man von diesen üblicherweise auftretenden Belastungen der Händlerschaft aus, die die Konsequenz der Hersteller-Garantie sind, und nimmt man hinzu, daß die Hersteller lediglich eine angemessene Kostenerstattung in ihren Vergütungsregelungen vorsehen, dann läßt sich für den Regelfall der Satz halten: Soweit Vergütungsregelungen für die Durchführung von Arbeiten im Rahmen der Hersteller-Garantie – angesichts der üblicherweise hiermit für den Handel verbundenen Belastungen – nicht auf vollen Kostenersatz, einschließlich des Ersatzes eines kalkulatorischen Gewinns, ausgerichtet sind, verstoßen sie gegen § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz und sind demzufolge unwirksam.

### III. Die Vergütung von Gewährleistungsaufwendungen im Verhältnis zwischen Herstellern und Händlern und ihre Angemessenheit gem. § 9 AGB-Gesetz

Auszugehen ist davon, daß der Endkunde im Falle eines Fehlers/Mangel i. S. der §§ 459 ff., 633 ff. BGB – neben einem Anspruch aus der Hersteller-Garantie – auch einen unmittelbaren Gewährleistungsanspruch gegenüber dem Händler/Verkäufer hat. Soweit der Händler/Verkäufer – wovon grundsätzlich auszugehen ist – AGB-Klauseln verwendet, sind diese im nicht-kaufmännischen Bereich an den §§ 11 Nr. 10 lit. a bis f AGB-Gesetz zu messen, während im kaufmännischen Verkehr § 9 AGB-Gesetz maßgebend ist. Da es im Handel jedoch erfahrungsgemäß sehr schwierig ist, danach zu differenzieren, ob der Kunde im Einzelfall die Voraussetzungen des § 24 AGB-Gesetz erfüllt oder nicht, werden in der Regel Klauseln verwendet, die auf eine allzu weitreichende Differenzierung zwischen kaufmännischem und nichtkaufmännischem Bereich, jedenfalls in der Gewährleistung – verzichten. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Norm des § 476a BGB, welche sich in der zwingenden Bestimmung des § 11 Nr. 10 lit. c AGB-Gesetz widerspiegelt, weil der Händler/Verkäufer gegenüber seinem Kunden verpflichtet ist, bei durchzuführenden Nachbesserungsarbeiten alle zum Zweck der Nachbesserung erforderlich werdenden Aufwendungen zu tragen<sup>38</sup>. Die daraus abzuleitende maßgebliche Frage ist also, inwieweit der Hersteller – außerhalb der Hersteller-Garantie – verpflichtet ist, dem Händler den im Zusammenhang mit der Durchführung von Gewährleistungsarbeiten erbrachten Aufwand zu ersetzen.

#### 1. Die eigene Gewährleistungspflicht der Hersteller gegenüber den Händlern

Es ist unstrittig und entspricht den gesicherten Befunden der Judikatur, daß ein Verkäufer – auch im kaufmännischen Verkehr – in seinen AGB nicht in wirksamer Weise die eigene Gewährleistungspflicht ausschließen darf<sup>39</sup>. Die in § 11 Nr. 10 lit. a AGB-Gesetz enthaltene Regelung hat unter Berücksichtigung der Gerechtigkeitselemente der §§ 459, 633 ff. BGB einen so hohen Stellenwert, daß es geboten ist, das gleiche Ergebnis auch unter Berücksichtigung von § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz zu deduzieren. Übertragen auf das Vertragsverhältnis zwischen Hersteller und Händler bedeutet dies: Der Hersteller ist verpflichtet, beim Verkauf von neuen Sachen seinen Händlern einen Mindestbestand an Gewährleistungsrechten zugunsten des Händlers zu sichern. Im Hinblick auf die hier interessierende Frage, wie die Vergütungsregelung für die Durchführung von Gewährleistungsarbeiten im Verhältnis zwischen Hersteller und Händler beschaffen sein muß, spitzt sich die Problematik darauf zu, ob und inwieweit unter Berücksichtigung von § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz das Verbot des § 11 Nr. 10 lit. c AGB-Gesetz auch im kaufmännischen Verkehr Geltung beanspruchen kann. Denn wenn nämlich der Händler verpflichtet ist, alle zum Zweck der Nachbesserung erforderlich werdenden Aufwendungen gegenüber dem Käufer zu tragen, dann wäre die Rechtsposition des Händlers gegenüber seinem Hersteller – in kommerzieller Hinsicht – wesentlich entlastet, wenn der Hersteller verpflichtet wäre, auch seinerseits im Verhältnis gegenüber dem Händler die zum Zweck der Durchführung der Nachbesserung erforderlich werdenden Aufwendungen zu tragen oder – anders formuliert – den Händler insoweit gem. §§ 256, 257 BGB freizustellen.

a) *Das Verhältnis von § 24 S. 1 AGB-Gesetz zu Satz 2.* Während sich aus § 24 S. 1 AGB-Gesetz der klare Wille des Gesetzgebers ableiten läßt, die im nicht-kaufmännischen Verkehr zwingend ausgeschalteten Normen der §§ 10 und 11 AGB-Gesetz im kaufmännischen Verkehr nicht zu berücksichtigen, ergibt sich aus § 24 S. 2 AGB-Gesetz, daß die Generalklausel des § 9 AGB-Gesetz auch in den Fällen des Satzes 1 insoweit anzuwenden ist, als dies zur Unwirksamkeit von in den §§ 10 und 11 AGB-Gesetz genannten Vertragsbestimmungen führt. Das sich hieraus ableitende Spannungsverhältnis wurde in der Literatur mit unterschiedlicher Begründung aufgelöst.

Die radikalste Position nimmt dabei *Graba*<sup>40</sup> ein; er vertritt die Auffassung, daß es einen für Kaufleute wie für Nicht-Kaufleute gleichlautenden Grundsatz der Strenge der richterlichen Inhaltskontrolle gebe, aus dem dann abzuleiten sei, „daß die gegenüber Kaufleuten geltenden Rechtswirksamkeitsgrenzen den gegenüber Nicht-Kaufleuten ennumerierten Verboten anzugleichen sind“. Die entschiedenste Gegenposition nahm hierzu bislang *Schmidt-Salzer* ein<sup>41</sup>. Er lehnte es ab, aus § 24 AGB-Gesetz den Rechtsgedanken abzuleiten, daß die Ergebnisse der bisherigen *BGH*-Judikatur bei künftigen Anwendungsfällen an dem Maßstab des § 9 AGB-Gesetz erneut zu überprüfen und möglicherweise zu korrigieren sind, ein Standpunkt, den er inzwischen offenbar nicht mehr uneingeschränkt vertritt<sup>42</sup>. Die übrigen Autoren zum AGB-Gesetz vertreten im wesentlichen eine Mittelposition. *Brandner* ist der Meinung, daß die Klauselverbote der §§ 10 und 11 AGB-Gesetz auch im kaufmännischen Verkehr „wichtige Anhaltspunkte bei der Anwendung des § 9“<sup>43</sup> verkörpern; *Stein*<sup>44</sup> ist ebenso wie *Heinrichs*<sup>45</sup> der Überzeugung, daß aus der Unanwend-

38) Vgl. *Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner*, aaO, § 25 Rdnrn. 3 ff.

39) Statt aller *Palandt-Heinrichs* (o. Fußn. 28), § 11 AGB-Gesetz Anm. 11 h.

40) *Schlosser-Coester-Waltjen-Graba* (o. Fußn. 31), § 9 Rdnr. 20.

41) *Schmidt-Salzer*, NJW 1977, 137.

42) So wohl *Schmidt-Salzer*, BB 1980, 1 ff.

43) *Ulmer-Brandner-Hensen* (o. Fußn. 10), § 24 Rdnr. 19.

44) *Stein* (o. Fußn. 31), § 24 Rdnr. 10.

45) *Palandt-Heinrichs* (o. Fußn. 28), § 9 AGB-Gesetz Anm. 5.



barkeit der §§ 10 und 11 AGB-Gesetz im kaufmännischen Verkehr gem. § 24 S. 2 AGB-Gesetz keineswegs zu folgern sei, daß die dort enthaltenen Klauselverbote im kaufmännischen Verkehr keine Bedeutung hätten, vielmehr sei eine am Einzelfall vorzunehmende, sich auf § 9 AGB-Gesetz beziehende Angemessenheitsprüfung durchzuführen. Kötz<sup>46</sup> spricht in diesem Zusammenhang – bezogen auf die Verbotstatbestände der §§ 10 und 11 AGB-Gesetz – von einer erforderlichen „Parallelwertung in der Kaufmannssphäre“. Der Verfasser selbst hat die Auffassung vertreten, aus § 24 S. 2 AGB-Gesetz sei – bezogen auf den kaufmännischen Verkehr – „keine Sperre für eine Analogie unter Berücksichtigung der Wertung von § 9 in Bezug auf die §§ 10 und 11“ abzuleiten<sup>47</sup>. Für Helm<sup>48</sup> sind die §§ 10 und 11 AGB-Gesetz demgegenüber nur „Indizien“ dafür, daß auch im kaufmännischen Verkehr gem. § 9 AGB-Gesetz ein gleiches Resultat angezeigt sein kann – ein Gesichtspunkt, von dem Schlechtriem<sup>49</sup> erklärt, es sei „ohne große Störungen durch das neue Gesetz“ möglich, „vorsichtig und kontinuierlich auf den Fundamenten weiterzubauen, die vor allem die Rechtsprechung zur Kontrolle von Standardbedingungen gelegt hat“, um die im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Kaufleuten verwendeten Standardbedingungen auf ihre Angemessenheit zu überprüfen.

Solange in Bezug auf die Auslegung des Spannungsverhältnisses zwischen § 24 S. 1 AGB-Gesetz einerseits gegenüber § 24 S. 2 AGB-Gesetz andererseits keine höchststrichterlichen Entscheidungen vorliegen, ist daran zu erinnern, daß es der BGH – vor allem in einer neueren Entscheidung<sup>50</sup> – strikt abgelehnt hat, einen qualitativen Unterschied zwischen den Kriterien der Inhaltskontrolle zu machen, welche gegenüber Nicht-Kaufleuten auf der einen und gegenüber Kaufleuten auf der anderen Seite anzuwenden sind. Zur Folge hat dies, daß die von Helm<sup>51</sup> vertretene Auffassung kaum Zustimmung beanspruchen kann, wenn er nicht in erster Linie auf die Wertungskriterien der richterlichen Inhaltskontrolle abhebt, sondern danach fragt, inwieweit der Schutz des wirtschaftlich und organisatorisch schwächeren kaufmännischen Kunden es im Einzelfall gebietet, auch im kaufmännischen Verkehr AGB-Klauseln an § 9 AGB-Gesetz scheitern zu lassen<sup>52</sup>, so daß vom rechtlichen Ansatzpunkt her eine Differenzierung zwischen Nicht-Kaufleuten und Kaufleuten ebenso ausscheidet wie eine solche zwischen Vollkaufleuten und Minderkaufleuten<sup>53</sup>. Freilich bedeutet dies keineswegs, daß die Anwendung von § 9 AGB-Gesetz im kaufmännischen Verkehr – bei Vorliegen der Verbotstatbestände der §§ 10 und 11 AGB-Gesetz – stets bedingt, daß ein gleiches Resultat in Betracht zu ziehen ist; allemal aber ist es vertretbar und erforderlich, aus den Verbotstatbeständen der §§ 10 und 11 AGB-Gesetz für den kaufmännischen Verkehr wichtige Anhaltspunkte dafür abzuleiten, daß derartige Klauseln auch im kaufmännischen Verkehr gem. § 9 AGB-Gesetz unwirksam sind. Dabei sind selbstverständlich – wie noch zu zeigen sein wird – die branchenspezifischen Interessen und die durchschnittstypischen Belange der üblicherweise an Verträgen (vgl. § 15 II AGB-Gesetz) beteiligten Parteien im einzelnen auszuwerten.

b) Die Meinungen in der Literatur zu § 11 Nr. 10 lit. c AGB-Gesetz, bezogen auf den kaufmännischen Verkehr. Da der Verkäufer/Händler in seinen Verkaufs-AGB gegenüber dem nicht-kaufmännischen Endkunden (und mangels einer praktisch durchführbaren Differenzierung auch gegenüber Kaufleuten) gehalten ist, im Gewährleistungsfalle die zum Zwecke der Nachbesserung erforderlich werdenden Aufwendungen insgesamt zu übernehmen und damit den Verbotstatbestand von § 11 Nr. 10 lit. c AGB-Gesetz zu respektieren, fragt es sich entscheidend, ob der Händler/Verkäufer berechtigt ist, die insoweit erbrachten Aufwendungen seinerseits auf den Hersteller zu überwälzen, weil ja grundsätzlich davon auszugehen ist: Ein Gewährleistungsmangel im Verhältnis zwischen Händler/Verkäufer – Käufer einerseits ist gleichzeitig ein Gewährleistungsmangel im Verhältnis zwischen Händler – Hersteller andererseits.

In der Literatur zeigt sich insoweit kein einheitliches Bild. Die entschiedenste Auffassung vertritt auf der einen Seite Coester-Waltjen<sup>54</sup>; sie hält es für zulässig, in kaufmännischen AGB-Klauseln die Nachbesserungsaufwendungen insgesamt auf den gewährleistungsberechtigten Käufer zu überwälzen. Sie begründet diese Meinung damit, daß gerade mit Rücksicht auf den Handelsverkehr die Bestimmungen der §§ 476 a, 633 II 2 BGB „dispositiv“ ausgestaltet worden sind und beruft sich weiterhin auf die Regierungsbegründung in BT-Dr 7/3919<sup>55</sup>. Dies allerdings ist unhaltbar, weil nahezu alle schuldrechtlichen Bestimmungen „dispositiv“ sind, was jedoch anerkanntermaßen für die Inhaltskontrolle gem. § 9 AGB-Gesetz überhaupt nichts besagt, sondern lediglich belegt, daß diese Normen – im Rahmen eines Individualvertrages – zur Disposition der Parteien stehen<sup>56</sup>. Eine vermittelnde Position wird von Hensen<sup>57</sup> eingenommen; seiner Ansicht nach ist es nicht stets unwirksam, wenn ein „Teil der Nachbesserungskosten“ in kaufmännischen AGB-Klauseln dem gewährleistungsberechtigten Käufer auferlegt wird, wobei freilich Hensen empfiehlt, die Bemessungsgrundlagen insoweit transparent werden zu lassen. Auch Stein ist der Ansicht<sup>58</sup>, eine „angemessene Kostenpauschalierung“ im Hinblick auf die zu übernehmenden Nachbesserungskosten sei vertretbar. Demgegenüber vertreten allerdings die meisten Autoren, es sei unter Berücksichtigung von § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz bei Zugrundelegung der dispositiven Wertung des § 476 a BGB regelmäßig als unangemessen zu werten, wenn der gewährleistungspflichtige Verkäufer den gewährleistungsberechtigten Käufer nicht von allen Nachbesserungsaufwendungen entlastet<sup>59</sup>. Auch wenn die hierfür angebotenen Argumentationen unterschiedlich sind, so stimmen sie doch letzten Endes darin überein, daß es eine unangemessene Benachteiligung für den Käufer darstellt, wenn er zunächst eine mangelhafte Sache erhält, für diese dann aber – im Rahmen der Nachbesserungsaufwendungen – noch ein zusätzliches Entgelt entrichten muß<sup>60</sup>.

c) Die Berücksichtigung des typischen Vertragshändlerverhältnisses. Geht man davon aus, daß nach der mehrheitlich vertretenen Auffassung in der Literatur – Judikatur liegt begreiflicherweise hierzu noch nicht vor – auch im kaufmännischen Verkehr grundsätzlich der nachbesserungsverpflichtete Verkäufer gehalten ist, die zum Zweck der Nachbesserung erforderlich werdenden Aufwendungen zu übernehmen, so stellt sich nunmehr die maßgebende Frage, wie diese grundsätzliche Aussage in das Vertragsverhältnis zwischen Hersteller – Händler – unter Berücksichtigung von § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz in Bezug auf das Verbot einer unangemessenen Benachteiligung – einzuordnen ist.

Es ist anerkannt, daß der AGB-Verwender – also: der Hersteller – verpflichtet ist, die gruppentypischen Interessen seiner AGB-unterworfenen Kunden sowie deren Schutzbedürftigkeit bei der Aufstellung von AGB-Klauseln angemessen zu berücksichtigen<sup>61</sup>. Die Schutzbedürftigkeit des Händlers erweist sich vor allem in folgender Sachverhaltskonstellation: Händler sind verpflichtet, in ihren AGB die §§ 10 und 11

46) Kötz, in: MünchKomm, § 24 AGB-Gesetz Rdnr. 6.

47) Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner (o. Fußn. 8), § 24 Rdnr. 13.

48) Helm, BB 1977, 1109ff.

49) Schlechtriem, in: Festschr. f. Duden, 1977, S. 579.

50) BGH, NJW 1976, 2345 = BB 1976, 1100.

51) Helm, BB 1976, 1100.

52) BB 1976, 1109.

53) Lindacher, BB 1972, 296; Nicklisch, BB 1974, 945.

54) Schlosser-Coester-Waltjen-Graba (o. Fußn. 31), § 11 Nr. 10 Rdnr. 67.

55) S. 35.

56) Dies ergibt sich unmittelbar aus § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz.

57) Ulmer-Brandner-Hensen (o. Fußn. 10), § 11 Nr. 10 Rdnr. 59.

58) Stein (o. Fußn. 31), § 11 Rdnr. 99.

59) Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner (o. Fußn. 8), § 11 Nr. 10 c Rdnr. 15; Palandt-Heinrichs (o. Fußn. 28), § 11 AGB-Gesetz Anm. 10h; Koch-Stübing (o. Fußn. 31), § 11 Nr. 10 Rdnr. 51; Dittmann-Stahl, AGB-Komm., Rdnr. 507; Schmidt-Salzer, AGB, 2. Aufl., F 134.

60) Ordnungspolitische Erwägungen in diesem Zusammenhang bei Schmidt-Salzer, aaO; Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner, aaO, auf die es in diesem Zusammenhang m. E. entscheidend ankommt.

61) Ulmer-Brandner-Hensen (o. Fußn. 10), § 9 Rdnr. 78, § 24 Rdnr. 11, 13; Palandt-Heinrichs (o. Fußn. 28), § 9 AGB-Gesetz Anm. 5; Stein (o. Fußn. 31), § 9 Rdnr. 18.

AGB-Gesetz – insbesondere § 11 Nr. 10 lit. c AGB-Gesetz – zu berücksichtigen; sie sind nicht in der Lage, das sie treffende Risiko von Gewährleistungsansprüchen ihrerseits auf den Endkunden zu überwälzen, obwohl es sich, wie bereits angedeutet, um ein vom Hersteller verursachtes und diesem zurechenbares Risiko handelt. Mit anderen Worten: Der Händler ist vital darauf angewiesen, die Folgen des ihn treffenden – fremdverursachten – Risikos im Gewährleistungsfall auf seinen Vertragspartner, den Hersteller, abzuwälzen, um zu vermeiden, daß er „in die Zange genommen“ wird<sup>62</sup>, oder – positiv gewendet – um zu erreichen, daß die Nachbesserungsaufwendungen bei demjenigen anfallen, der sie verursacht hat<sup>63</sup>. Da Gewährleistungsrechte und Gewährleistungspflichten im Vertragsverhältnis zwischen Hersteller – Händler – Endkunde der Sache nach gleichgeschaltet sind, sieht man von den vernachlässigenswerten Fällen ab, daß der Händler z.B. wegen fehlerhafter Lagerung gewährleistungspflichtig wird, entspricht es angesichts dieser sachtypischen und gruppentypischen Interessenkonstellation der Beteiligten einem Gebot der Gerechtigkeit, den Hersteller zu verpflichten, die zum Zweck der Nachbesserung erforderlich werdenden Aufwendungen zu übernehmen und damit aus § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz den Verbotstatbestand abzuleiten: Es ist als unangemessene Benachteiligung des AGB-unterworfenen Händlers anzusehen, wenn der Hersteller ihn mit wesentlichen Aufwendungen belastet, die sich aus der Nachbesserungspflicht des Händlers gegenüber dem Endkunden ergeben.

Dabei ist freilich in der Praxis eine wichtige Differenzierung vorzunehmen, weil es ja maßgeblich von der Kongruenz der Gewährleistungsfristen im Verhältnis zwischen Hersteller – Händler einerseits und gegenüber den Gewährleistungsfristen im Verhältnis zwischen Händler – Käufer andererseits abhängt, ob und inwieweit der Händler bei einem Gewährleistungsanspruch seines Kunden berechtigt ist, Aufwendungsersatz gegenüber dem Hersteller zu reklamieren.

aa) *Kongruenz der gesetzlichen Gewährleistungsfristen.* Diese Fallkonstellation bereitet keinerlei Schwierigkeiten: Weist der Händler nach, daß der gegen ihn geltend gemachte Gewährleistungsanspruch seines Endkunden innerhalb der Gewährleistungsfrist liegt, welche der Hersteller ihm gegenüber gewährt hat, dann hat der Händler, wie soeben konstatiert, einen Aufwendungsersatzanspruch, über dessen Höhe allerdings noch nichts Abschließendes gesagt ist.

bb) *Kongruenz vertraglich verlängerter Gewährleistungsfristen.* Verschiedentlich haben sich die Händler, wie z.B. in der Automobilindustrie, auf Veranlassung der Hersteller dazu verpflichtet, ihrerseits die Gewährleistungsfrist auf 12 Monate auszudehnen. Soweit auch in einem solchen Fall der Händler den Nachweis antreten kann, daß der gegen ihn geltend gemachte Gewährleistungsanspruch noch in die Gewährleistungsfrist fällt, die in seinem Verhältnis gegenüber dem Hersteller besteht, bieten sich keinerlei Schwierigkeiten.

cc) *Diskrepanz der Gewährleistungsfristen.* Problematisch ist ersichtlich deshalb nur der Fall, in dem die Gewährleistungsfrist im Verhältnis Hersteller – Händler zeitlich kürzer ist als die im Verhältnis zwischen Händler einerseits und Endkunden andererseits; die gleiche Problemlage stellt sich auch dann ein, wenn zwar grundsätzlich eine Kongruenz der Fristen besteht, der Händler aber – z.B. wegen langer Lagerung der Waren – seinen Gewährleistungsanspruch gegenüber dem Hersteller nicht mehr geltend machen kann, weil dessen Gewährspflicht vom Zeitpunkt des Gefahrenübergangs läuft. Um auch diese Fälle zu lösen, bieten sich zwei Möglichkeiten an:

Soweit eine Diskrepanz der Gewährleistungsverpflichtungen in zeitlicher Hinsicht darauf zurückzuführen ist, daß der Hersteller in seinem Verhältnis zum Händler das für den Händler zwingende Gebot des § 11 Nr. 10 lit. f AGB-Gesetz nicht beachtet, könnte man daran denken, insoweit eine Ver-

kürzung der Gewährleistungsfristen als mit § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz unvereinbar zu erklären – eine Meinung, die sich in der Literatur bislang kaum findet, weil eine Verkürzung der Verjährungsfristen im kaufmännischen Verkehr als akzeptabel bewertet wird<sup>64</sup>. Die andere Möglichkeit bewegt sich auf folgender Linie: Ungeachtet einer etwaigen Diskrepanz zwischen den Gewährleistungsfristen im Verhältnis Hersteller – Händler – Endkunde ist ja von Maßgeblichkeit, daß ein solches Auseinanderfallen der Gewährleistungsfristen dann nicht gegeben ist, wenn und soweit der Endkunde Ansprüche aus der Hersteller-Garantie, nicht aber aus der Verkäufer-Gewährleistung ableitet. Deshalb bietet sich für die Geltendmachung eines Aufwendungsersatzanspruchs im Verhältnis zwischen Händler und Hersteller die Lösung an, daß nämlich der Händler – nicht zuletzt – in den Fällen auf den bereits dargestellten Aufwendungsersatzanspruch im Rahmen der Hersteller-Garantie zurückgreifen kann, in denen ihm Aufwendungsersatzansprüche aus der Gewährleistungspflicht des Herstellers wegen ihres zeitlichen Ablaufs nicht mehr zustehen. Diese Lösung ist indessen keineswegs so ungereimt, wie sie auf den ersten Blick erscheint. Denn es ist mit Nachdruck darauf aufmerksam zu machen, daß die Hersteller in ihrem Verhältnis zu den Händlern gerade im Zusammenhang mit der hier zu untersuchenden Vergütungsregelung für die Durchführung von Nachbesserungsaufwendungen keineswegs danach differenzieren, ob der Händler auf die Garantie oder auf die Gewährleistung zurückgreift; wie im allgemeinen Sprachgebrauch bereits festzustellen: Zwischen beiden Erscheinungsformen wird ungeachtet ihres erheblichen rechtlichen Unterschiedes nicht differenziert; sie gelten als ein und dasselbe. Ein weiteres Argument kommt hinzu: Gerade in den Fällen, in denen die Händler auf Veranlassung der Hersteller, wie am Beispiel der Automobil-Branche abzulesen, längerfristige Gewährleistungen einräumen, als dies gesetzlich geboten ist, erscheint es nicht gerechtfertigt, dem Händler dann – wenn die Hersteller-Garantie noch in Kraft ist – den Erstattungsanspruch gegenüber dem Hersteller nur deswegen abzuschneiden, weil im Verhältnis zwischen Händler und Hersteller die Gewährleistungsfristen abgelaufen sind. Denn das Gewährleistungsrisiko ist ja nicht nur, wie bereits betont, fremdverursacht, sondern es ist in diesen Fällen auch hinsichtlich seiner zeitlichen Dimensionierung vom Hersteller veranlaßt, also auch insoweit fremdverursacht. Wenn man somit – wie vorgeschlagen – dem Händler in diesen Fällen das Recht zugesteht, auf den aus der Hersteller-Garantie fließenden Rückvergütungsanspruch aufzubauen, so dürfte sich dies nur dann verbieten, wenn und soweit der Endkunde nachweislich den Händler – ausschließlich – aus der Gewährleistung, nicht aber aus der für ihn regelmäßig im Vordergrund stehenden Hersteller-Garantie in Anspruch genommen hat.

d) *Höhe des Aufwendungsersatzanspruchs.* Wie oben gezeigt, ist die zivilrechtliche Anspruchsgrundlage für die Bemessung des Aufwendungsersatzanspruchs im Verhältnis zwischen Hersteller und Händler § 476a BGB, der im kaufmännischen Verkehr gem. § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz zu berücksichtigen ist, um das Verbot der unangemessenen Benachteiligung des AGB-unterworfenen Kunden zu vermeiden. In tatsächlicher Hinsicht zielt diese gesetzliche Bestimmung dahin, den gewährleistungsberechtigten Käufer nicht mit den zum Zweck der Nachbesserung erforderlich werdenden Aufwendungen – innerhalb des Bereichs von § 476a S. 1 BGB – zu belasten. Damit aber stellt sich die Frage, ob dieser Aufwendungs-

62) Kötz, in: MünchKomm, § 24 AGB-Gesetz Rdnr. 6.

63) Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner (o. Fußn. 8), § 11 Nr. 10c Rdnr. 14.

64) Vgl. Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner, aaO, § 11 Nr. 10e Rdnrn. 9ff.; a. A. vor allem Koch-Stübing, § 11 Nr. 10 Rdnr. 73; Schlosser-Coester-Waljen-Graba, § 11 Nr. 10 Rdnr. 70.

satzanspruch gem. §§ 256, 257 BGB lediglich auf vollen Kostenersatz gerichtet ist, oder ob er auch den Ersatz eines kalkulatorischen Gewinns des Händlers mit einschließt, wie das für die Leistungen des Händlers im Rahmen der Hersteller-Garantie bejaht wurde. Im Unterschied zu den dort angestellten Überlegungen ist indessen darauf hinzuweisen: Während der Händler im Rahmen einer Hersteller-Garantie eine Fremdverbindlichkeit erfüllt, handelt es sich bei der Gewährleistung um eine eigene Verpflichtung des Händlers gegenüber dem Endkunden. Demzufolge scheiden Gesichtspunkte des Auftragsrechts ebenso aus wie die der Geschäftsführung ohne Auftrag i. S. der §§ 670, 683 BGB. Daraus aber folgt: Da der Händler eine eigene Gewährleistungspflicht erfüllt, hat er im Rahmen des § 476a BGB i. V. mit §§ 256, 257 BGB auch nur einen Anspruch, von den Aufwendungen freigestellt zu werden, die er gegenüber seinem Endkunden zum Zweck der Nachbesserung erbracht hat. Diese aber schließen zwar den Ersatz aller Aufwendungen ein, nicht aber den Ersatz eines kalkulatorischen Gewinnzuschlags, auf den ja der Händler – in seinem Verhältnis zum Endkunden – bei Erfüllung einer ihm obliegenden Gewährleistungspflicht keinen Anspruch hat.

Dieses Ergebnis ermöglicht also eine Differenzierung zwischen dem Aufwendungsersatzanspruch des Händlers im Falle einer Hersteller-Garantie einerseits und im Fall einer Gewährleistungsverpflichtung andererseits. Dennoch erscheint es sachgerecht, zwei weitere Gedanken anzufügen:

Da die Vertragshändlerverträge, wie dargelegt, eine Differenzierung zwischen der Vergütungsregelung in bezug auf die Durchführung von Arbeiten im Rahmen der Hersteller-Garantie gegenüber den Aufwendungen des Händlers im Zusammenhang mit der ihn treffenden Gewährleistungspflicht nicht kennen, sondern beides gleich behandeln, da desweiteren die Hersteller-Garantie für den Endkunden ebenso wie für den Händler im Vordergrund des Geschäftsinteresses steht, wird man dem Händler es grundsätzlich freistellen müssen, ob er den Aufwendungsersatzanspruch im Rahmen der Hersteller-Garantie oder im Rahmen der Gewährleistung geltend macht; damit aber hat der Händler es in der Hand, stets auf den Aufwendungsersatzanspruch im Rahmen der Hersteller-Garantie zurückzugreifen, sofern der Kunde ihn nicht ausdrücklich im Rahmen der Gewährleistung in Anspruch genommen hat. Denn das primäre Wahlrecht, ob ein Garantie- oder ein Gewährleistungsanspruch im Fall eines Mangels/Fehlers realisiert werden soll, liegt in der Hand des Endkunden: Trifft er die Wahl, ist diese für den Händler bindend. Fehlt es aber – wie in der Praxis üblich – an einer solchen Wahlentscheidung des Endkunden, dann kann der Händler den ihm günstigeren Weg zur Realisierung des ihm zustehenden Aufwendungsersatzanspruchs wählen. Dies steht dem Händler auch dann zu, wenn zwischen Hersteller-Garantie einerseits und Gewährleistungsverpflichtung andererseits im Hinblick auf die Fristen eine Kongruenz gem. § 477 BGB besteht. Dies gilt ganz besonders dann, wenn auf Veranlassung des Herstellers – wie z. B. in der Automobilindustrie – die gesetzliche Gewährleistungshaftung des Händlers im Hinblick auf die Hersteller-Garantie über den Zeitraum des § 477 BGB hinaus verlängert worden ist. Das ist der eine Gesichtspunkt.

Der andere: Es wäre den Händlern ohne weiteres möglich, im Rahmen der sie treffenden Gewährleistungsverpflichtung von den Möglichkeiten des § 11 Nr. 10 lit. a AGB-Gesetz Gebrauch zu machen, d. h. auf die Hersteller-Garantie primär zu verweisen, um nur dann auf die eigene Gewährleistungsverpflichtung angewiesen zu werden, wenn und soweit die Tatbestandsvoraussetzungen des § 11 Nr. 10 lit. a AGB-Gesetz erfüllt sind<sup>65</sup>. Wenn aber der Gesetzgeber gem. § 11

Nr. 10 lit. a AGB-Gesetz – und insoweit ist auch die Begründung des Regierungsentwurfs eindeutig<sup>66</sup> – auf die Hersteller-Garantie als den geradezu klassischen Fall einer „Dritthaltungsklausel“ verweisen, so fügt es sich ganz in diesen Gesamtzusammenhang, dem Händler – unabhängig von § 11 Nr. 10 lit. a AGB-Gesetz – das Recht einzuräumen, den Aufwendungsersatzanspruch über den Hersteller im Rahmen der Hersteller-Garantie geltend zu machen, weil dies für ihn von der Typizität der gesetzlichen Regelung der günstigere Weg ist. Das gleiche gilt selbstverständlich auch dann, wenn eine „Hersteller-Garantie“ als Vertrag zugunsten des jeweiligen Käufers bzw. Produktbenutzers gem. § 328 BGB angenommen wird, weil auch insoweit der Händler – bei Inanspruchnahme der „Garantie“ – eine Verbindlichkeit des Herstellers als Erfüllungsgehilfe gem. § 278 BGB erfüllt.

#### IV. Zusammenfassung

Im Verhältnis zwischen Hersteller – Händler – Endkunde wird üblicherweise in der Alltagswirklichkeit zwischen Hersteller-Garantie einerseits und Gewährleistung andererseits nicht unterschieden. Für den Endkunden steht die Hersteller-Garantie eindeutig im Vordergrund. Rechtlich gewertet ist das Garantieversprechen im Rahmen der Hersteller-Garantie ein selbständiger Vertrag zwischen Hersteller und Endkunde, zu dessen Erfüllung sich der Hersteller des Händlers, abgesichert durch entsprechende Formulierungen im Rahmen des Vertragshändlervertrages – bedient. Gemessen an der gesetzlichen Typizität des Aufwendungsersatzanspruchs gem. §§ 670, 683 BGB steht dem Händler bei Durchführung von Arbeiten im Rahmen der Hersteller-Garantie ein Vergütungsanspruch zu, der auf Gewinnersatz ausgerichtet ist. Angesichts der allgemeinen Belastungen, die die Händler im Zusammenhang mit der Hersteller-Garantie haben, darf hiervon in AGB-Klauseln nicht abgewichen werden, ohne gegen § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz zu verstoßen. Die ganz überwiegende Masse der Vergütungsregelungen im Verhältnis zwischen Hersteller und Händler, die lediglich Kostenersatz leisten, die Brutto-Vergütung unter Einschluß eines kalkulatorischen Gewinns jedoch nicht vorsehen, sind deshalb unwirksam.

Unabhängig davon ist die Gewährleistungspflicht des Händlers gegenüber dem Endkunden zu sehen; diese deckt sich jedoch – rein tatsächlich betrachtet – in der Mehrzahl der Fälle mit der Gewährleistungspflicht des Herstellers gegenüber dem Händler, welche von der Hersteller-Garantie nicht berührt wird. Da der Händler gegenüber dem Endkunden gem. § 11 Nr. 10 lit. c AGB-Gesetz verpflichtet ist, die zum Zweck der Nachbesserung erforderlich werdenden Aufwendungen zu tragen, ist es geboten, die Grundnorm des § 476a BGB auch im Verhältnis zwischen Hersteller und Händler für so wichtig zu halten, daß der Hersteller davon – zum Nachteil des Händlers – nicht abweichen darf, ohne in unangemessener Weise gegen § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz zu verstoßen. Der sich aus § 476a BGB i. V. mit §§ 256, 257 BGB ergebende Aufwendungsersatzanspruch zielt jedoch nicht auf Gewinnersatz. Wird jedoch der Händler im Falle eines Fehlers/Mangels i. S. der §§ 459 ff., 633 ff. BGB tätig, so steht es ihm frei, den Hersteller seinerseits mit einem Aufwendungsersatzanspruch aufgrund der Hersteller-Garantie zu überziehen; er ist nur dann auf die Gewährleistungspflicht gegenüber dem Hersteller verwiesen, wenn er seinerseits von seinem Endkunden eindeutig und für ihn bindend aus der Gewährleistung – nicht aber aus der Hersteller-Garantie – in Anspruch genommen wurde.

<sup>65</sup> Hierzu Ulmer-Brandner-Hensen (o. Fußn. 10), § 11 Nr. 10 Rdnrn. 22 ff.

<sup>66</sup> BT-Dr 7/3919, S. 34; vgl. auch Erster Teilbericht, S. 76.